

TE Vwgh Erkenntnis 2013/9/5 2012/09/0101

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 05.09.2013

Index

10/07 Verwaltungsgerichtshof;
50/01 Gewerbeordnung;
63/01 Beamten-Dienstrechtsgesetz;

Norm

BDG 1979 §118 Abs1 Z1;
BDG 1979 §125a;
BDG 1979 §126 Abs2;
BDG 1979 §56 Abs3;
BDG 1979 §92 Abs1 Z2;
GewO 1994 §1 Abs4;
GewO 1994 §117 Abs1;
GewO 1994 §136a;
VwGG §42 Abs2 Z1;

1. BDG 1979 § 118 heute
2. BDG 1979 § 118 gültig ab 31.07.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 64/2016
3. BDG 1979 § 118 gültig von 01.01.1980 bis 30.07.2016
1. BDG 1979 § 125a heute
2. BDG 1979 § 125a gültig ab 09.07.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 58/2019
3. BDG 1979 § 125a gültig von 01.01.2014 bis 08.07.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 210/2013
4. BDG 1979 § 125a gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 120/2012
5. BDG 1979 § 125a gültig von 01.07.1997 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 123/1998
6. BDG 1979 § 125a gültig von 01.07.1997 bis 30.06.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 61/1997
7. BDG 1979 § 125a gültig von 01.09.1988 bis 30.06.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 287/1988
1. BDG 1979 § 126 heute
2. BDG 1979 § 126 gültig ab 09.07.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 58/2019
3. BDG 1979 § 126 gültig von 31.07.2016 bis 08.07.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 64/2016
4. BDG 1979 § 126 gültig von 01.01.2014 bis 30.07.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 120/2012
5. BDG 1979 § 126 gültig von 31.12.2009 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 153/2009
6. BDG 1979 § 126 gültig von 01.07.1997 bis 30.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 123/1998
7. BDG 1979 § 126 gültig von 01.07.1997 bis 30.06.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 61/1997

8. BDG 1979 § 126 gültig von 01.09.1988 bis 30.06.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 287/1988

9. BDG 1979 § 126 gültig von 01.01.1980 bis 31.08.1988

1. BDG 1979 § 56 heute

2. BDG 1979 § 56 gültig ab 01.01.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2025

3. BDG 1979 § 56 gültig von 01.01.2019 bis 31.12.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 102/2018

4. BDG 1979 § 56 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 210/2013

5. BDG 1979 § 56 gültig von 31.12.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2010

6. BDG 1979 § 56 gültig von 01.01.2010 bis 30.12.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 153/2009

7. BDG 1979 § 56 gültig von 01.07.2007 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 53/2007

8. BDG 1979 § 56 gültig von 01.07.2005 bis 30.06.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 80/2005

9. BDG 1979 § 56 gültig von 29.05.2002 bis 30.06.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 87/2002

10. BDG 1979 § 56 gültig von 01.01.2002 bis 28.05.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 87/2002

11. BDG 1979 § 56 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 6/2000

12. BDG 1979 § 56 gültig von 01.07.1997 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 61/1997

13. BDG 1979 § 56 gültig von 01.07.1991 bis 30.06.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 277/1991

14. BDG 1979 § 56 gültig von 01.07.1990 bis 30.06.1991 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 447/1990

15. BDG 1979 § 56 gültig von 01.01.1985 bis 30.06.1990 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 550/1984

16. BDG 1979 § 56 gültig von 01.01.1980 bis 31.12.1984

1. BDG 1979 § 92 heute

2. BDG 1979 § 92 gültig ab 01.01.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 205/2022

3. BDG 1979 § 92 gültig von 09.07.2019 bis 31.12.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 58/2019

4. BDG 1979 § 92 gültig von 01.01.2012 bis 08.07.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 140/2011

5. BDG 1979 § 92 gültig von 01.05.1995 bis 31.12.2011 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 297/1995

6. BDG 1979 § 92 gültig von 05.03.1983 bis 30.04.1995 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 137/1983

1. GewO 1994 § 1 heute

2. GewO 1994 § 1 gültig ab 13.07.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 45/2018

3. GewO 1994 § 1 gültig von 19.03.1994 bis 12.07.2018

1. GewO 1994 § 117 heute

2. GewO 1994 § 117 gültig ab 18.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 95/2017

3. GewO 1994 § 117 gültig von 27.03.2015 bis 17.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 18/2015

4. GewO 1994 § 117 gültig von 01.01.2014 bis 26.03.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2013

5. GewO 1994 § 117 gültig von 29.05.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2013

6. GewO 1994 § 117 gültig von 15.08.2012 bis 28.05.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012

7. GewO 1994 § 117 gültig von 01.01.2009 bis 14.08.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 68/2008

8. GewO 1994 § 117 gültig von 27.02.2008 bis 31.12.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008

9. GewO 1994 § 117 gültig von 01.08.2002 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002

10. GewO 1994 § 117 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997

11. GewO 1994 § 117 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997

1. GewO 1994 § 136a heute

2. GewO 1994 § 136a gültig ab 28.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 112/2018

3. GewO 1994 § 136a gültig von 03.01.2018 bis 27.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 107/2017

4. GewO 1994 § 136a gültig von 18.07.2017 bis 02.01.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 95/2017

5. GewO 1994 § 136a gültig von 29.03.2016 bis 17.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2015

6. GewO 1994 § 136a gültig von 27.03.2015 bis 28.03.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 18/2015

7. GewO 1994 § 136a gültig von 01.01.2014 bis 26.03.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2013

8. GewO 1994 § 136a gültig von 01.09.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2011

9. GewO 1994 § 136a gültig von 11.06.2010 bis 31.08.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 28/2010

10. GewO 1994 § 136a gültig von 27.02.2008 bis 10.06.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008

11. GewO 1994 § 136a gültig von 01.11.2007 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 60/2007

12. GewO 1994 § 136a gültig von 15.01.2005 bis 31.10.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004

13. GewO 1994 § 136a gültig von 01.08.2002 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002

1. VwGG § 42 heute
2. VwGG § 42 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. VwGG § 42 gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. VwGG § 42 gültig von 01.07.2008 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
5. VwGG § 42 gültig von 01.01.1991 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 330/1990
6. VwGG § 42 gültig von 05.01.1985 bis 31.12.1990

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sulyok und die Hofräte Dr. Rosenmayr, Dr. Bachler, Dr. Doblinger und Mag. Feiel als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Senft, über die Beschwerde des Disziplinaranwaltes bei der Disziplinaroberkommission beim Bundeskanzleramt gegen den Bescheid der Disziplinaroberkommission beim Bundeskanzleramt vom 31. Mai 2012, Zl. 101/15-DOK/11, betreffend Freispruch vom Vorwurf von Dienstpflichtverletzungen nach dem Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 (mitbeteiligte Partei: MS in L, vertreten durch Mag. Matthias Prückler, Rechtsanwalt in 1080 Wien, Florianigasse 16/8, weitere Parteien: Bundeskanzler, Bundesministerin für Inneres), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Begründung

Der im Jahr 1973 geborene Mitbeteiligte steht als Revierinspektor in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund und ist im Bereich des Landespolizeikommandos Steiermark als eingeteilter Beamter tätig.

Mit Disziplinarerkenntnis der Disziplinarkommission beim Bundesministerium für Inneres vom 10. Oktober 2011 wurde der Mitbeteiligte wie folgt für schuldig erkannt:

"Der Mitbeteiligte ist gemäß § 126 Abs. 2 BDG schuldig, er habe es unterlassen" Der Mitbeteiligte ist gemäß Paragraph 126, Absatz 2, BDG schuldig, er habe es unterlassen

1. von 2009 bis 20. Mai 2011 die erwerbsmäßige Nebenbeschäftigung als Immobilienmakler und
2. vom 18. Jänner 2011 bis 27. August 2011 wesentliche Änderungen seiner erwerbsmäßigen Nebenbeschäftigung für die Firma A., nämlich eine - im Gegensatz zu seiner Meldung - Erweiterung des von ihm beworbenen Kundenkreises unverzüglich der Dienstbehörde zu melden.

Der Beamte hat dadurch seine Dienstpflichten nach §§ 56 Abs. 3 BDG, nämlich jede erwerbsmäßige Nebenbeschäftigung und jede Änderung einer solchen unverzüglich der Dienstbehörde zu melden, gemäß § 91 BDG schuldhaft verletzt. Der Beamte hat dadurch seine Dienstpflichten nach Paragraphen 56, Absatz 3, BDG, nämlich jede erwerbsmäßige Nebenbeschäftigung und jede Änderung einer solchen unverzüglich der Dienstbehörde zu melden, gemäß Paragraph 91, BDG schuldhaft verletzt.

Gegen den Beschuldigten wird gem. § 92 Abs. 1 Ziffer 2 BDG die Disziplinarstrafe der Geldbuße in Höhe von EUR 800,-- (achthundert Euro) verhängt. "Gegen den Beschuldigten wird gem. Paragraph 92, Absatz eins, Ziffer 2 BDG die Disziplinarstrafe der Geldbuße in Höhe von EUR 800,-- (achthundert Euro) verhängt."

Von einem weiteren disziplinarrechtlichen Vorwurf wurde der Mitbeteiligte gemäß §§ 118 Abs. 1 Z. 1, 126 Abs. 2 BDG 1979 freigesprochen. Von einem weiteren disziplinarrechtlichen Vorwurf wurde der Mitbeteiligte gemäß Paragraphen 118, Absatz eins, Ziffer eins, 126, Absatz 2, BDG 1979 freigesprochen.

Zur Begründung führte die Behörde erster Instanz zusammengefasst aus, der Mitbeteiligte habe mit einem an die Dienstbehörde gerichteten Schreiben vom 26. November 2007 die Nebenbeschäftigung der "Vermögens- und Versicherungsberatung" gemeldet und dabei angegeben, dass es im Zuge der Ausübung der Nebenbeschäftigung ausschließlich zu Kontakt mit Kollegen des Exekutivbeamten und fallweise deren Verwandten komme, wodurch eine Befangenheit von vornherein ausgeschlossen werden könne und auch dienstliche Interessen nicht gefährdet würden.

Entgegen seiner selbst auferlegten Einschränkungen habe der Mitbeteiligte jedoch in der Folge seine

Nebenbeschäftigung sowohl inhaltlich, als auch hinsichtlich des von ihm beworbenen Personenkreises erweitert. Der Dienstbehörde sei im Mai 2011 bekannt geworden, dass er für seine Firma A., deren einziger Gesellschafter er bis zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gewesen sei, auch eine Homepage im Internet betreibe. Dort seien unter einer bestimmten Adresse umfangreiche Beratungsleistungen im Bereich Vorsorge, private Sicherheit, Sicherheit für Vorstände und Manager und Schadensservice angeboten worden. Eine Einschränkung der angebotenen Dienstleistungen auf einen bestimmten Personenkreis sei nicht ersichtlich; der Werbeauftritt der Firma richte sich - entgegen der Meldung des Mitbeteiligten an die Dienstbehörde - ohne jegliche Einschränkung an jedermann. Weiters führten bereits auf der Startseite Links zur Immobilienwelt von A., auf der zahlreiche Immobilien angeboten würden. Als Ansprechpartner scheine in allen Fällen ausschließlich der Mitbeteiligte auf. Im Gästebuch der Homepage finde sich eine an den Mitbeteiligten gerichtete Nachricht einer Kärntner Familie, in welcher sich diese für die nette und sehr kompetente Beratung zur Vermittlung ihres Traumhauses durch den Mitbeteiligten bedanke. Neben der Werbung im Internet habe der Mitbeteiligte auch auf seiner Facebook-Seite die gleichen Dienstleistungen, ebenso an einen nicht eingeschränkten Personenkreis, angeboten. Weiters habe er im behördeninternen BMI-Intranet, welches nur Angehörigen des Bundesministeriums für Inneres zugänglich seien, inseriert, dass er österreichweit Kolleginnen und Kollegen suche, welche im Rahmen seines Unternehmens A. im Versicherungs-, Finanzierungs- und Veranlagungsbereich sowie im Bereich der Immobilienvermittlung bei seinen Angeboten mitarbeiten wollten. Daraus ergebe sich ebenfalls seine Tätigkeit bei der Vermittlung von Immobilien.

Der Mitbeteiligte habe bei seiner niederschriftlichen Einvernahme angegeben, allein für die Inhalte der A.-Homepage verantwortlich zu sein. Die Homepage diene als Informationsplattform und werde von ihm seit 2007 betrieben. Das Inserat betreffend Immobilien habe er über Ersuchen einer bekannten Immobilienhändlerin veröffentlicht. Er hätte daraus keinen finanziellen Vorteil gehabt. Bei einer weiteren Befragung habe der Mitbeteiligte dazu widersprüchlich angegeben, dass der Immobilienlink vom Webmaster nicht hätte deaktiviert werden dürfen, weil er bis zum heutigen Tag keine selbständige Immobilienvermittlung durchgeführt habe.

In der mündlichen Verhandlung vor der Behörde erster Instanz habe der Mitbeteiligte angegeben, dass die Vermittlung von Immobilien von der Firma A.P. durchgeführt worden sei und der Link nicht hätte freigeschaltet werden dürfen. Nach der Trennung von seinem Geschäftspartner habe er nicht über die Zugangscodes verfügt, um den Link zu löschen. Er habe nie eine Immobilie vermittelt, der Eintrag ins Gästebuch sei selbst erstellt worden, damit das Gästebuch nicht leer sei. Eine Ausdehnung des Kundenkreises sei ebenfalls nicht erfolgt, weil er die Leistungen nur Kollegen angeboten hätte. Auf seine Facebook-Seite hätten nur Kollegen Zugriff gehabt.

Die Behörde erster Instanz begründete ihren Bescheid weiter damit, dass der Mitbeteiligte seine Nebenbeschäftigung - wie auf Grund der Inserate bzw. seiner Website nachweisbar sei - zumindest bis zum 20. Mai 2011 ausgeübt habe, ohne dies der Dienstbehörde zu melden. Auf der Immobilienseite seien konkrete Immobilien angeboten worden und es habe sich als einziger Ansprechpartner der Mitbeteiligte dort befunden. Bereits auf der Einstiegsseite der Firma A. hätten sich ein Foto des Mitbeteiligten und ein mit einem weiteren Foto einer Immobilie unterlegter Link zur Immobilienwelt A.-Immobilien befunden. Als einziger Ansprechpartner der verwiesenen Website sei ebenfalls der Mitbeteiligte fotografisch und namentlich ausgewiesen und als Zentrale sei die Anschrift seiner privaten Adresse angegeben gewesen. Für die Behörde erster Instanz sei dadurch zweifelsfrei erwiesen, dass der Mitbeteiligte die Vermittlung von Immobilien beabsichtigt habe und auch betrieben habe, wofür er weder eine Gewerbeberechtigung besessen habe noch die entsprechende Meldung an die Dienstbehörde erstattet habe.

Soweit der Mitbeteiligte ausgeführt habe, dass sein Geschäftspartner für die Immobilien verantwortlich gewesen sei, sei ihm entgegen zu halten, dass sich der Internet-Auftritt völlig anders darstelle. Weder sei von einer Firma A.P. noch von anderen Geschäftspartnern die Rede, es finde sich auch kein Hinweis darauf, dass der Mitbeteiligte bezüglich der Vermittlung von Immobilien nur im Hinblick auf die Finanzierung tätig werden wolle. Soweit der Mitbeteiligte anführe, es sei ihm über mehrere Jahre mangels Zugangsdaten nicht möglich gewesen, die Website zu ändern bzw. den Immobilienlink vom Netz zu nehmen, sei ihm entgegen zu halten, dass er nach Bekanntwerden der disziplinären Erhebungen dies sehr wohl kurzfristig habe können. Am 15. Juli 2011, also nach Zustellung der Disziplinaranzeige, sei der Immobilienteil nämlich inaktiv gewesen. Selbst wenn man seiner Argumentation folgen wollte, wäre es am Mitbeteiligten gelegen gewesen - etwa durch eine einstweilige gerichtliche Verfügung - die Entfernung der Website zu erreichen bzw. die Herausgabe angeblicher Zugangscodes klagsweise zu betreiben. Dass er - wie er in der Verhandlung ausgeführt habe - dazu kein Geld gehabt habe, vermöge ihn nicht zu exkulpieren. Auf Grund der Gestaltung der

Homepage der Firma A. sei für jedermann, somit auch für die Dienstbehörde und schließlich die Behörde erster Instanz ersichtlich, dass der Mitbeteiligte Immobilien vermittelt habe, die Homepage sei eindeutig dem Mitbeteiligten zuzuordnen gewesen und es wäre an ihm gelegen, dies allenfalls zu ändern.

Der Mitbeteiligte habe weder einen entsprechenden Kooperationsvertrag mit der A.P. vorgelegt noch wäre er daran gehindert gewesen, Immobilien zu vermitteln, auch die Weitergabe an einen anderen Händler wäre im Übrigen als Vermittlung von Immobilien zu sehen, welche - bei Erfolg - einen Provisionsanspruch begründet hätte. Dafür spreche auch das von ihm letztlich selbst verfasste Dankschreiben.

Wenn der Mitbeteiligte die Auffassung vertrete, die Dienstbehörde hätte mit Untersagung vorgehen müssen, weil die Website ja bereits seit Jahren bestanden habe und insofern bekannt gewesen sein müsse, so zeige er damit jedenfalls nicht auf, dass der gegen ihn erhobene Vorwurf nicht zu Recht bestehe.

Ähnliches gelte hinsichtlich der Erweiterung des vom Mitbeteiligten beworbenen Kundenkreises, im Internetauftritt der Firma A. sowie im Facebook-Profil des Mitbeteiligten scheine ein unbestimmter Personenkreis auf, also die gesamte Öffentlichkeit werde angesprochen und es seien keinerlei Hinweise gegeben, wonach die angebotenen Dienstleistungen nur bestimmten Personen zugänglich sein sollten. Daraus ergebe sich, dass der Mitbeteiligte die Ausübung seiner Nebenbeschäftigung auch insofern geändert habe, als er im Gegensatz zur Meldung vom 26. November 2007 und der Bestätigung am 23. September 2009 den von ihm angesprochenen potenziellen Kundenkreis wesentlich erweitert habe. Der Mitbeteiligte habe auch nicht dargelegt, weshalb eine ausdrückliche und sichtbare Einschränkung nicht möglich gewesen sein solle. Der Mitbeteiligte sei bereits mehrfach wegen Dienstpflichtverletzungen, zuletzt im Jänner 2011 bestraft worden, er habe nichts daraus gelernt, die verhängte Strafe sei jedoch aus general- sowie auch aus spezialpräventiven Gründen ausreichend.

Der gegen diesen Bescheid erhobenen Berufung gab die belangte Behörde mit dem angefochtenen Bescheid Folge und sprach den Mitbeteiligten von der Begehung beider ihm zur Last gelegter Verletzungen seiner Dienstpflichten "in dubio" frei.

Die belangte Behörde führte aus, dass für ein tatsächliches Tätig-Werden des Mitbeteiligten im Rahmen der Vermittlungen des Abschlusses von Immobiliengeschäften in Wahrheit kein taugliches Beweisergebnis vorliege. Der Verantwortung, die Vermittlung von Immobilien sei ursprünglich ausschließlich von seinem Geschäftspartner der Firma A.P. durchgeführt worden, die jedoch in der Folge habe aufgegeben werden müssen und es sei die geplante Überleitung dieses Unternehmens in die Firma A. einschließlich des Einstieges seines damaligen Geschäftspartners B.S., von dem er sich dann aber getrennt habe, nicht zustande gekommen und es habe in diesem Geschäftsfeld in der Folge eine Kooperation mit der als Zeugin beantragten E.P. bestanden, auf deren Ersuchen Inserate mit Immobilienanboten geschaltet worden seien und an die alle entsprechenden Kundenanfragen weitergeleitet worden seien, erscheine nicht gänzlich unplausibel. Es liege noch kein Beweis einer einschlägigen Aktivität des Mitbeteiligten in der Immobilienbranche vor und es sei nicht festgestellt, dass der Mitbeteiligte aus den inkriminierten Maklertätigkeiten nennenswerte Einkünfte (Provisionszahlungen) erzielt oder dass er solche zumindest angestrebt hätte. Zwar spräche der Internetauftritt und der Auftritt des Mitbeteiligten auf seiner Facebook-Seite gegen seine Darstellungen, da hier im Ergebnis aber Aussage gegen Aussage stünde und die Umstände des Falles gegen einen Mehrwert weiterer behördlicher Ermittlungsschritte und der Einvernahme weiterer Zeugen sprächen, weil sich der inkriminierte Sachverhalt auch dadurch letztlich nicht klären ließe, habe den Mitbeteiligten eine inhaltliche Erweiterung seines Geschäftszweiges seiner Nebenbeschäftigung nicht mit Erfolg nachgewiesen werden können.

Diese Erwägungen gälten sowohl für Spruchpunkt 1. als auch für Spruchpunkt 2. des Disziplinarerkenntnisses der Behörde erster Instanz. Es handle sich um bloße Mutmaßungen und Vermutungen, die nicht auf eine tatsächlich bestehende gesicherte Beweislage gestützt werden könnten. Die Verantwortung des Mitbeteiligten, dass nur seine Kollegen Zugriff auf seine Facebook-Seite gehabt hätten, hätte nicht widerlegt werden können.

Die Behörde erster Instanz habe keine Erhebungen dazu geführt, ob der Mitbeteiligte mit außenstehenden, das heißt exekutivdienstfremden Personen tatsächlich Geschäfte abgeschlossen habe.

Dass das äußere Erscheinungsbild der Homepage der vom Mitbeteiligten betriebenen Firma A. eine personelle Einschränkung des potenziellen Kundenkreises nicht aufzeige und dass diese Internetseite grundsätzlich für jedermann zugänglich gewesen sei, müsse aber nicht automatisch bzw. zwangsläufig bedeuten, dass der tatsächliche Kreis von Kunden des Mitbeteiligten, mit denen dieser hinsichtlich der von ihm offerierten Dienstleistungen letztlich in

Geschäftsbeziehungen eingetreten sei, mit dessen augenscheinlich weiter gefassten potenziellen Kundenkreis ident gewesen sei. Das Betreiben dieser grundsätzlich für die gesamte Öffentlichkeit zugänglichen Homepage, in der einem unbestimmten Personenkreis konkrete Dienstleistungen angeboten worden seien, könne allein keinen tauglichen Beweis für die inkriminierte wesentliche Erweiterung des tatsächlichen Kundenkreises darstellen.

Es sei daher nicht mit der für einen Schuldspruch erforderlichen Sicherheit zu erkennen, dass dem Mitbeteiligten die schuldhafte Begehung der hier inkriminierten Dienstpflichtverletzungen nachgewiesen werden könne, weshalb hinsichtlich der gegenständlichen Anschuldigungen schon aus verfahrensökonomischen Gründen, im Hinblick auf welche weder die Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung noch eine Aufhebung und Zurückverweisung gemäß § 66 Abs. 2 AVG vertretbar gewesen wäre, nach dem auch im Disziplinarverfahren geltenden Grundsatz "in dubio pro reo" vorzugehen gewesen sei. Es sei daher nicht mit der für einen Schuldspruch erforderlichen Sicherheit zu erkennen, dass dem Mitbeteiligten die schuldhafte Begehung der hier inkriminierten Dienstpflichtverletzungen nachgewiesen werden könne, weshalb hinsichtlich der gegenständlichen Anschuldigungen schon aus verfahrensökonomischen Gründen, im Hinblick auf welche weder die Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung noch eine Aufhebung und Zurückverweisung gemäß Paragraph 66, Absatz 2, AVG vertretbar gewesen wäre, nach dem auch im Disziplinarverfahren geltenden Grundsatz "in dubio pro reo" vorzugehen gewesen sei.

An diesem Ergebnis vermöge auch das zur Kenntnisnahme übermittelte, gegen den Mitbeteiligten ergangene, in Rechtskraft erwachsene gewerberechtliche Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft M. vom 16. November 2011, dem Bindungswirkung gemäß § 95 Abs. 2 BDG 1979 nicht zukomme, nichts zu ändern. An diesem Ergebnis vermöge auch das zur Kenntnisnahme übermittelte, gegen den Mitbeteiligten ergangene, in Rechtskraft erwachsene gewerberechtliche Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft M. vom 16. November 2011, dem Bindungswirkung gemäß Paragraph 95, Absatz 2, BDG 1979 nicht zukomme, nichts zu ändern.

Der Verwaltungsgerichtshof hat über die dagegen vom Disziplinaranwalt erhobene Beschwerde nach Aktenvorlage durch die belangte Behörde und Erstattung einer Gegenschrift durch den Mitbeteiligten erwogen:

Der beschwerdeführende Disziplinaranwalt meint, die Auffassung der belangten Behörde sei verfehlt, dass der Auftritt des Mitbeteiligten auf der frei zugänglichen Website der Firma A., deren einziger Gesellschafter er gewesen sei, und die Vorstellung umfangreicher Beratungsleistungen auf dieser Homepage u.a. auch die Vermittlung von Immobilien als Dienstleistung nicht bereits die Aufnahme einer Nebenbeschäftigung dargestellt habe. Darin habe ein Link zur Immobilienwelt A.-Immobilien, in der zahlreiche Immobilien angeboten worden seien, bestanden und als diesbezüglicher Ansprechpartner sei in allen Fällen ausschließlich der Mitbeteiligte aufgeschienen, wobei auch dessen Foto eingestellt und als Firmensitz seine Privatadresse angegeben gewesen sei. Bei einem derartigen Auftreten sei auch eine Erwerbsabsicht anzunehmen, da eine Maklertätigkeit in aller Regel nicht unentgeltlich erfolge. Tatsächliche wirtschaftliche Erfolge seien nicht von ausschlaggebender Bedeutung.

Die Auffassung der belangten Behörde, dass dies noch nicht als eine Tätigkeit eines Immobilienmaklers und damit meldepflichtige Nebenbeschäftigung anzusehen sei, sei verfehlt. Dies gelte auch hinsichtlich der Ausdehnung des Kundenkreises des Mitbeteiligten (Spruchpunkt 2.).

§ 56 Abs. 3 des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979, BGBl. Nr. 333 idF BGBl. I Nr. 53/2007, lautet: Paragraph 56, Absatz 3, des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979, BGBl. Nr. 333 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 53 aus 2007,, lautet:

1. "(3) Absatz 3, Der Beamte hat seiner Dienstbehörde jede erwerbsmäßige Nebenbeschäftigung und jede Änderung einer solchen unverzüglich zu melden. Eine Nebenbeschäftigung ist erwerbsmäßig, wenn sie die Schaffung von nennenswerten Einkünften in Geld- oder Güterform bezweckt."

Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits in seinem Erkenntnis vom 15. März 2000, Zl. 97/09/0184, zu der mit § 56 Abs. 3 BDG 1979 insofern inhaltsgleichen Vorschrift des § 32 Abs. 3 der Niederösterreichischen Dienstpragmatik der Landesbeamten 1972 ausgeführt, es sei keine Voraussetzung für die in Rede stehende Meldepflicht, dass in Zukunft bezweckte Einkünfte im Zeitpunkt der Erstattung einer Meldung an den Beamten bereits ausbezahlt gewesen seien oder von ihm später tatsächlich in der beabsichtigten Höhe oder auch nur teilweise vereinnahmt würden. Dass tatsächlich Einnahmen in einer nennenswerten Höhe nicht lukriert wurden, vermöge den Beamten vom Vorwurf, er habe seine Nebenbeschäftigung, die die Schaffung nennenswerter Einkünfte bezweckte, nicht

unverzüglich gemeldet, nicht zu entlasten. Diese Überlegung gilt auch im vorliegenden Fall. Angesichts des auch vom Mitbeteiligten unbestrittenen Auftritts im Internet waren die gegen den Mitbeteiligten hinsichtlich der Verwirklichung der in beiden Spruchpunkten des Straferkenntnisses erster Instanz angeführten Verdachtsmomente daher ausreichend konkret und substantiiert. Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits in seinem Erkenntnis vom 15. März 2000, Zl. 97/09/0184, zu der mit Paragraph 56, Absatz 3, BDG 1979 insofern inhaltsgleichen Vorschrift des Paragraph 32, Absatz 3, der Niederösterreichischen Dienstpragmatik der Landesbeamten 1972 ausgeführt, es sei keine Voraussetzung für die in Rede stehende Meldepflicht, dass in Zukunft bezweckte Einkünfte im Zeitpunkt der Erstattung einer Meldung an den Beamten bereits ausbezahlt gewesen seien oder von ihm später tatsächlich in der beabsichtigten Höhe oder auch nur teilweise vereinnahmt würden. Dass tatsächlich Einnahmen in einer nennenswerten Höhe nicht lukriert wurden, vermöge den Beamten vom Vorwurf, er habe seine Nebenbeschäftigung, die die Schaffung nennenswerter Einkünfte bezweckte, nicht unverzüglich gemeldet, nicht zu entlasten. Diese Überlegung gilt auch im vorliegenden Fall. Angesichts des auch vom Mitbeteiligten unbestrittenen Auftritts im Internet waren die gegen den Mitbeteiligten hinsichtlich der Verwirklichung der in beiden Spruchpunkten des Straferkenntnisses erster Instanz angeführten Verdachtsmomente daher ausreichend konkret und substantiiert.

Hinzuweisen ist auch darauf, dass gemäß § 1 Abs. 4 zweiter Satz der Gewerbeordnung 1994 auch das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten wird. Diese Vorschrift gilt sowohl für das reglementierte Gewerbe der Immobilienreuhändler, das gemäß § 117 Abs. 1 die Tätigkeit der Immobilienmakler, der Immobilienverwalter und der Bauträger umfasst, als auch für das reglementierte Gewerbe der Vermögens- und Versicherungsberater (§ 136a GewO). Hinzuweisen ist auch darauf, dass gemäß Paragraph eins, Absatz 4, zweiter Satz der Gewerbeordnung 1994 auch das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten wird. Diese Vorschrift gilt sowohl für das reglementierte Gewerbe der Immobilienreuhändler, das gemäß Paragraph 117, Absatz eins, die Tätigkeit der Immobilienmakler, der Immobilienverwalter und der Bauträger umfasst, als auch für das reglementierte Gewerbe der Vermögens- und Versicherungsberater (Paragraph 136 a, GewO).

Daher ist auch die Argumentation der belangten Behörde nicht nachvollziehbar, dass das Betreiben einer grundsätzlich für die gesamte Öffentlichkeit zugänglichen Homepage noch keinen ausreichenden Hinweis auf das an einen unbestimmten Personenkreis gerichtete Angebot konkreter Dienstleistungen zulässt.

Dass der Mitbeteiligte an der Vermittlung von Immobilien bzw. am Abschluss von Bestandsverträgen tatsächlich beteiligt gewesen sei sowie dass er im Rahmen seiner Nebenbeschäftigung in realen Geschäftsbeziehungen zu Personen getreten sei, die außerhalb des von ihm ursprünglich gemeldeten Kundenkreises gestanden seien, musste nach dem Gesagten dem Mitbeteiligten nicht vorgeworfen werden, um eine Verwirklichung der in beiden Spruchpunkten des Disziplinarerkenntnisses der Behörde erster Instanz erhobenen Vorwurfs annehmen zu können.

Die von der belangten Behörde angestellten Zweckmäßigkeitserwägungen hinsichtlich der Möglichkeit des Absehens von einer mündlichen Verhandlung gemäß § 125a BDG 1979 waren bei dieser Sach- und Rechtslage daher nicht angebracht, insbesondere im Hinblick auch darauf, dass der Mitbeteiligte bei der mündlichen Verhandlung vor der Behörde erster Instanz nicht anwesend war (zur Frage der Durchführung einer mündlichen Verhandlung durch die Disziplinaroberkommission vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 26. Jänner 2012, Zl. 2009/09/0187, und vom 22. März 2012, Zl. 2011/09/0150, in vergleichbaren Fällen). Die von der belangten Behörde angestellten Zweckmäßigkeitserwägungen hinsichtlich der Möglichkeit des Absehens von einer mündlichen Verhandlung gemäß Paragraph 125 a, BDG 1979 waren bei dieser Sach- und Rechtslage daher nicht angebracht, insbesondere im Hinblick auch darauf, dass der Mitbeteiligte bei der mündlichen Verhandlung vor der Behörde erster Instanz nicht anwesend war (zur Frage der Durchführung einer mündlichen Verhandlung durch die Disziplinaroberkommission vergleiche , etwa die hg. Erkenntnisse vom 26. Jänner 2012, Zl. 2009/09/0187, und vom 22. März 2012, Zl. 2011/09/0150, in vergleichbaren Fällen).

Nach dem Gesagten war der angefochtene Bescheid daher gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben. Nach dem Gesagten war der angefochtene Bescheid daher gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG aufzuheben.

Wien, am 5. September 2013

Schlagworte

Besondere Rechtsgebiete

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2013:2012090101.X00

Im RIS seit

07.10.2013

Zuletzt aktualisiert am

05.10.2017

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at